

# O PODER CONSTITUINTE E SUA EXPRESSÃO POLÍTICA

*Alexandre Ferreira de Assumpção Alves\**

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Noção de Poder Constituinte. 3. Os vários conceitos. 4. Poder Constituinte originário e instituído. 4.1. Natureza. 4.2. Limites do Poder Constituinte originário. 5. Poder Constituinte e teoria do Poder Constituinte. 5.1. A doutrina do Poder Constituinte: Emmanuel Joseph Sieyès. 6. Características. 7. A lei constitucional e o controle de constitucionalidade. 8. Titularidade - nação e povo. 8.1 O Poder Constituinte do povo e dos monarcas. 9. O Poder Constituinte e a Revolução. 9.1. A Revolução como fenômeno jurídico. 9.2. A Revolução como fenômeno social. 9.3. Revolução e Constituição. 10. Formas de Expressão. 11. O Poder Constituinte na análise de Carl Schmitt. 12. Conclusões.

## 1. Considerações iniciais

O estudo do tema em epígrafe tem duas acepções: política e jurídica. Este trabalho cuidará apenas da primeira, que compreende os conceitos e as teorias sobre o Poder Constituinte, sua natureza, titular e espécies, formas de expressão e limites.

O assunto é um dos mais expressivos do Direito Constitucional, com liames em questões como: conteúdo e eficácia da Constituição, reforma constitucional, controle de constitucionalidade, poderes constituídos, entre outros.

---

\* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito / Mestrado, da Faculdade de Direito de Campos.

A exposição que ora se inicia procurou examinar, de forma pontual e objetiva, os aspectos mais relevantes da Teoria do Poder Constituinte, a partir do pensamento de seus principais articuladores, destacando-se as obras de Emmanuel-Joseph Sieyès (*Qu'est-ce que le tiers Etat?*) e Carl Schmitt (*Verfassungslehre*), sempre relacionando o Poder Constituinte com a Constituição que dele se origina.

Verifica-se, malgrado a vetustez dos primeiros trabalhos, datados do século XVIII, que o instituto está em constante renovação, haja vista que os paradigmas norteadores da elaboração da Constituição (ou “decisões fundamentais” na expressão utilizada pelo constitucionalista alemão Carl Schmitt) não são exatamente os mesmos que há duzentos anos. O Estado Social Democrata tem valores e objetivos diversos do estado Liberal ou do Autoritário. Estes valores constituem uma tábua axiológica que repercute, inexoravelmente, no conteúdo da Constituição e na forma das organizações política e jurídica que ela disciplina. Insta, outrossim, ter sempre em mente a forma de expressão do Poder Constituinte para compreender melhor sua obra.

## **2. Noção de Poder Constituinte**

O sentido e a finalidade do Poder Constituinte estão intrinsecamente ligados à Constituição, pois ele é o poder que estabelece a Constituição e, como tal, a organização fundamental de um Estado, sua base política e jurídica.

Paulo Bonavides analisa o Poder Constituinte sob um aspecto dinâmico, abstraindo seu titular: ele “se reduz formalmente a uma ação constituinte, capaz de criar ou modificar a ordem constitucional ou de produzir as instituições fundamentais de uma determinada sociedade.”<sup>1</sup> No mesmo sentido encontra-se Nelson

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 136.

Saldanha, para quem o Poder Constituinte “é a aptidão ou oportunidade de estabelecer uma Constituição. Sua natureza, destarte, consiste antes de tudo em ser “poder-para-ação.” Ele é antes do mais “potência constituinte”, algo cuja essência é tender para o ato e só no ato alcançar plenificação.”<sup>2</sup>

Cumpra advertir que existem vários conceitos de Poder Constituinte, apontados por Jorge Reinaldo Vanossi, os quais serão examinados a seguir.

### 3. Os vários conceitos

O jurista argentino Jorge Reinaldo Vanossi, na obra “*Teoría Constitucional*”, apresenta cinco conceitos de Poder Constituinte, a partir da análise de obras clássicas sobre o tema e o pensamento esposado por seus autores, a saber: fundacional-revolucionário (Maurice Hauriou – “*A teoria da instituição e da fundação*”), materialista (Lênin – “*O Estado e a revolução*”), dialético-plenário (Hermann Heller – “*Teoria do Estado*”), racional-ideal (Emmanuel-Joseph Sieyès – “*O que é o Terceiro Estado?*”) e existencial-decisionista (Carl Schmitt – “*Teoria da Constituição*”). Os dois últimos serão analisados no decorrer do trabalho.

Maurice Hauriou enxerga no Poder Constituinte uma operação fundacional, resultado de um poder fundador e um procedimento de fundação. Este poder tem características definidas: em primeiro lugar, é uma espécie de poder legislativo, levando-se em conta que a supralegalidade constitucional é uma espécie de legalidade e que as constituições escritas são leis constitucionais; em segundo, o Poder Constituinte pertence à nação, do mesmo modo que todos os poderes constituídos, especialmente o poder legislativo. Hauriou

<sup>2</sup> SALDANHA, Nelson. *Poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 65.

adverte que a nação não pode exercer diretamente o Poder Constituinte, como também os demais poderes; ele é exercido através de seus representantes. Em terceiro lugar, o Poder Constituinte não se confunde com o legislativo (que é um poder constituído e político por antonomásia), pelas matérias e pela natureza de cada um. Os constituintes atuam mais como representantes da nação do que do Estado, ao passo que os legisladores ordinários são melhor identificados como representantes do Estado do que da nação. Jorge Reinaldo Vanossi<sup>3</sup> explica a razão da denominação “fundacional-revolucionário:”

*En la visión historicista de Hauriou, hay un derecho nacido del Estado, es decir, lo social antes que lo estatal. En tiempos normales, predomina el derecho estatal, siendo su reforma competencia privativa del aparato gubernamental; pero en los tiempos de anormalidad, sobreviene un resurgimiento del derecho de la sociedad que se rebela contra el predominio estatal: las revoluciones implican el renacimiento de la “libertad primitiva”, que en el lenguaje de Hauriou es lo mismo que los autores llaman poder constituyente originario y que nosotros distinguimos o detectamos en las instancias fundacionales del Estado y en los momentos de sus cambios revolucionarios. La revolución es, pues, la vuelta al constituyente originario, el recomienzo de la libertad del orden social para ordenar el Estado, el surgimiento de un nuevo derecho, que se traduce en una nueva constitución.<sup>4</sup>*

<sup>3</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional*. V. 1 Buenos Aires: Depalma, 1975. p. 9-118, *passim*.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 36.

Vladimir Lilitch Ulianov, conhecido como Lênin, desenvolveu uma concepção materialista de Estado, de índole nihilista, pois prega a extinção do próprio Estado. O teórico da Revolução Russa prevê transformações sociais por etapas, culminando com a superação das funções do Estado – este tornar-se-ia obsoleto – que passariam a ser exercidas por uma sociedade sem classes, uma comunidade sem conflitos. Lênin apresenta os fundamentos de suas idéias na obra “O Estado e a revolução,” sustentando que o Estado é produto das contradições irreconciliáveis entre as classes. Como não é possível se obter a harmonia e a paz, o Estado, expressão da burguesia, deve ser destruído pelo proletariado através da revolução, que deve ser violenta, para extirpar de vez toda e qualquer forma de opressão de uma classe por outra. Na sociedade comunista não há classes; desse modo, o Poder Constituinte pertence ao proletariado, que é o povo. Nota-se que no pensamento materialista não se cogita da divisão de poderes: os trabalhadores unidos são os únicos e permanentes dirigentes da nação.

Herman Heller considera o Poder Constituinte como uma vontade política dotada de poder e autoridade, em condição de determinar a existência da unidade política como um todo. Entretanto, esta vontade política deve ser normatizada, sem a qual fica a massa humana sem poder de ação, e muito menos de autoridade. A existência e a normatividade do Poder Constituinte estão interligadas. Todo Poder Constituinte deve estar vinculado aos princípios jurídicos comuns, sob pena de não ser poder nem autoridade, tampouco ter existência. Heller identifica a Constituição como uma totalidade, na qual estão reunidos em relação dialética o estático e o dinâmico, a normalidade e a normatividade. Nesse sentido, a Constituição é equiparada à organização do Estado, onde cada parte integrante tem autonomia; ela representa uma cooperação entre os indivíduos e grupos, através de relações de supra,

sub e coordenação, graças as quais o Estado atinge existência e unidade de ação.

#### **4. Poder Constituinte originário e instituído.**

A doutrina constitucional distingue dois “Poderes Constituintes:” um originário e outro constituído ou instituído. Paulo Bonavides <sup>5</sup> ensina que o primeiro “faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou se quiserem extra-jurídico” (poder de fato). O segundo está inserido na própria Constituição e, portanto, tem limitações tácitas e expressas; é um poder de direito, cujo objeto é a reforma do texto constitucional.

Georges Burdeau atribui ao Poder Constituinte originário a potência de construir a Constituição, independentemente do momento histórico; Poder Constituinte instituído, por seu turno, é aquele ínsito na Constituição através do qual é possível proceder à revisão constitucional.<sup>6</sup>

Aplaudindo a terminologia de Georges Burdeau, mas discordando de sua aplicação, Nelson Saldanha considera como originário o poder primordial que antecede qualquer norma positiva, sendo, por isso mesmo, dela desvinculado. Segundo o mestre pernambucano, este poder está presente no momento da formação do Estado Constitucional (toda Constituição nova, com base neste raciocínio, pressupõe um Poder Constituinte anterior), e, como instituído, aquele que estabelece a Constituição num “ordenamento jurídico-estatal já existente.”<sup>7</sup>

José Afonso da Silva, discorrendo sobre o tema, nega ao Congresso Nacional um Poder Constituinte de 1<sup>o</sup>

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., nota 1, p. 139.

<sup>6</sup> *Apud* SALDANHA, Nelson. Op.cit., nota 2, p. 78.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

grau. De fato, o Congresso Nacional, através de suas Casas Legislativas, tem competência para emendar a Constituição (art. 60, I, e § 2º da CF/88); trata-se de um órgão constituído que possui, dentre outras, esta prerrogativa. Ocorre que “esse poder não lhe pertence por natureza, **primariamente**, mas, ao contrário, deriva de outro (isto é, do poder constituinte originário).”<sup>8</sup>

O Poder Constituinte originário, ao estabelecer a Constituição (“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, [...] promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”), instituiu um Poder Constituinte reformador, ou poder de emendar a Constituição. Através desse expediente o Poder Constituinte originário atua de modo indireto, “em 2º grau”, pela outorga de competência a um órgão criado pela própria Constituição para, em seu lugar, proceder às modificações no texto constitucional que a realidade e as mutações políticas, sociais e econômicas assim o exigem.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho esclarece que é inerente às Constituições rígidas esta preocupação com a atribuição a um órgão da prerrogativa de modificar o seu conteúdo, indicando um procedimento para tal *desideratum*. Esta solução, na visão do professor paulista, é bastante democrática e útil, uma vez que possibilita a adaptação da Constituição às novas necessidades da sociedade para a qual ela foi concebida, sem que seja preciso recorrer à Revolução ou ao Poder Constituinte originário: “permitir a modificação da Constituição dentro da ordem jurídica, sem uma substituição da ordem jurídica, sem a ação, quase sempre revolucionária, do Poder Constituinte originário.”<sup>9</sup>

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 67.

<sup>9</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 124.

## 4.1. Natureza

Cabe, por oportuno, investigar a natureza da Constituição fruto do Poder Constituinte. A respeito do tema existem duas orientações: positivista e jusnaturalista. Em síntese, trata-se de analisar o Poder Constituinte sob o prisma de uma categoria fática, extra-axiológica, ou axiológica, apta a exprimir uma forma de legitimidade.

A doutrina do positivismo jurídico se baseia no fato de que todo direito é direito positivo, assim, o direito é posto pelo Estado. A Constituição, nesta análise, é o ponto de partida da ordem jurídica, pois dela emana o direito positivo. A Constituição é um fato e o Poder Constituinte uma força social e não um poder de direito. O estabelecimento de uma Constituição é um fato não jurídico, fora da órbita da Ciência do Direito, embora seja seu elemento propulsor. O Poder Constituinte, por ser um fato social, deve ser estudado pela Sociologia e não pelo Direito. À vista do exposto, o único Poder admitido pelos positivistas é o Poder Constituinte derivado.

A tese jusnaturalista propõe que o direito não se resume ao direito positivo, uma vez que, além dele, existe um outro; resultado da natureza humana – direito natural. O direito positivo para os jusnaturalistas só é válido quando estiver de acordo com a lei natural.

O que é a “lei natural”? Esta noção é fundamental, posto que se trata de uma condicionante ao direito positivo. Conforme a doutrina tomista, é a parcela da lei eterna que Deus revelou aos homens; já para os adeptos da Escola do Direito Natural ou das Gentes é a razão humana. O Poder Constituinte, nesta análise, está ligado à liberdade, o primeiro dos direitos naturais do homem; é ela que irá fundamentá-lo.

Se todo homem tem o direito natural de liberdade, de autodeterminação, os homens podem, igualmente, pelo direito natural, determinar a vida coletiva, estabelecendo e alterando as Constituições sempre que convierem.



Desse modo, o Poder Constituinte não é uma força social e sim um poder de direito que decorre da ordem jurídico-social, mediante o qual os homens auto-organizam a sociedade.

Partindo-se dos postulados acima, é possível afirmar que o Poder Constituinte sobrevive à promulgação da Constituição porque é o resultado da liberdade humana e o homem pode, a qualquer tempo, rever suas decisões, inclusive a organização constitucional, mesmo pela via da força (direito de revolução).

O artigo 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento primordial da Revolução Francesa, aprovado a 26 de agosto de 1789 pela Assembléia Nacional, é considerado um dispositivo clássico de aplicação da tese jusnaturalista: “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras.”<sup>10</sup>

Nelson Saldanha considera o Poder Constituinte um poder de fato, ao afirmar que: “o poder constituinte, uma vez que cria o poder político que dará ao ordenamento o seu direito positivo, é um poder criador de poder.”<sup>11</sup>

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>12</sup> analisa o debate em torno do Poder Constituinte a partir do binômio legalidade/legitimidade, identificando quatro tipos de poder: legítimo e legal, legítimo e ilegal, ilegítimo e legal, e ilegítimo e ilegal.

O poder é legítimo porque está estabelecido de acordo com a concepção da comunidade em relação ao que é justo, à sua idéia de direito - se o poder emana do

<sup>10</sup> A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi incorporada, como preâmbulo, à Constituição de 1791. Seu conteúdo tem inspiração nitidamente iluminista e nas obras dos enciclopedistas, além das idéias de liberdade difundidas pela Declaração de Independência dos Estados Unidos (4 de julho de 1776). Os governantes são simples mandatários dos governados e devem respeito à Constituição, por isso mesmo, o povo tem o direito de resistir à opressão.

<sup>11</sup> SALDANHA, Nelson. Op. cit., nota 2, p. 68.

<sup>12</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Op. cit., nota 9, p. 49-50.

povo ou do monarca, se o sufrágio é universal ou censitário, enfim, é o *consensus*, a concordância da comunidade política com a forma de Estado e de governo que ela deseja e o funcionamento das instituições. O poder é legal porque emana de normas jurídicas que justificam-no e a todos obrigam.

Quando o poder é legítimo, de acordo com o *consensus*, ele é um poder de direito, ainda que não seja legal (o Poder Constituinte revolucionário é um exemplo); todavia, havendo incompatibilidade dos desígnios dos governantes com os da comunidade, o poder é de fato, ilegítimo, e só se mantém pela força de seus “donos” ou com o auxílio dos aliados. Verifica-se esta última situação em vários Estados soberanos, como o Afeganistão, e, na América Latina, os episódios da Nicarágua e do Haiti antes da deposição dos ditadores Anastacio Somoza e Jean-Claude Duvalier, respectivamente.

Insta sublinhar que a polêmica em torno da natureza do Poder Constituinte (poder de fato ou poder de direito) se dá especificamente para o Poder Constituinte originário, haja vista que o Poder Constituinte instituído é sempre um poder de direito, subordinado quanto ao seu alcance (cf. art. 60, § 4º da CF) e condicionado quanto ao seu exercício,<sup>13</sup> ou seja, existem regras a serem observadas no processo legislativo de uma emenda constitucional (art. 60, parágrafos 2º e 3º).

Se não há dúvidas quanto aos atributos do Poder Constituinte derivado, cumpre indagar a seguir: o Poder Constituinte originário tem limites?

## 4.2. Limites ao Poder Constituinte Originário

Qual o alcance do Poder Constituinte originário? Para os positivistas é ilimitado, posto que antes dele não há direito. Nenhum direito pode ser invocado contra o Poder

<sup>13</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982. p.93.

Constituinte. Os escritores jusnaturalistas sustentam que o limite é o direito natural, aqueles direitos fundamentais universalmente reconhecidos.

Paul Bastid,<sup>14</sup> abstraindo as duas posições antagônicas, propõe limites, de fato e de direito, ao Poder Constituinte. Os primeiros estão ligados, de acordo com o autor, a inaplicabilidade da Constituição toda vez que ela conflitar com os interesses da comunidade e não obtiver o seu reconhecimento; os segundos são de ordem internacional (posição minoritária), uma vez que o Direito Internacional não é superior ao direito interno, nem subordina o Poder Constituinte às suas normas; não obstante, existe uma tendência mundial das Constituições incorporarem ao seus textos os princípios e mandamentos das Declarações Universais de Direitos, como se verifica no art. 5º da Constituição de 1988.

## 5. Poder Constituinte e Teoria do Poder Constituinte.

Paulo Bonavides esclarece a distinção entre o Poder Constituinte e sua teoria (ou doutrina). O Poder Constituinte sempre existiu em toda sociedade política, pois jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização; no entanto, uma teorização desse poder para legitimá-lo, só ocorreu no século XVIII. De acordo com Egon Zweig, na obra *Die Lehre von Pouvoir Constituant*, citada por Paulo Bonavides, é a “*suma potestas nationis et rationis*.”<sup>15</sup>

### 5.1. A doutrina do Poder Constituinte: Emmanuel Joseph Sieyès

A doutrina do Poder Constituinte surge no século XVIII associada à idéia de Constituição escrita, a partir do pensamento

<sup>14</sup> *Apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., nota 9, p. 76.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., nota 1, p. 132-133.

do francês Emmanuel Joseph Sieyès, tendo a obra *“Qu’est-ce que le tiers État?”* lançado as bases da doutrina.

O livro de Sieyès é um manifesto com as reivindicações do Terceiro Estado (o povo). O tema é desenvolvido através de perguntas. A primeira delas é “o que tem sido o Terceiro Estado?” Responde o autor: “nada”, uma vez que o Terceiro Estado não tinha privilégios e, na estrutura jurídica francesa da época pré-revolucionária, não ter privilégios naquela sociedade era ser “nada”. “O que é?”: “tudo”, já que o terceiro Estado desenvolvia todas as tarefas necessárias à comunidade (o comércio, a indústria, a agricultura, os serviços), ele era uma comunidade perfeita, existindo sem depender do clero ou da nobreza (Primeiro e Segundo Estados, respectivamente). A terceira indagação é: “o que pretende ser?”: “alguma coisa” e, neste ponto, Sieyès apresenta as reivindicações do povo quanto a estrutura política e social, defendendo a supremacia da nação sobre os governantes. O poder pertence à nação, mas ela pode decidir a quem atribuir o Poder Constituinte e exercê-lo como seu delegatário.

A tese de Sieyès parte da premissa de que todo Estado tem uma Constituição escrita e ela é fruto de um Poder Constituinte anterior, cuja obra é o documento constitucional. A Constituição é a fonte dos Poderes do Estado e a eles é superior. A Carta Magna estabelece os poderes do Estado (constituídos), os quais não podem jamais extrapolar seus limites, haja vista que o Poder Constituinte é um poder supremo, soberano “poder criador de poder(es).”

## 6. Características

Analisando o poder de criar a Constituição, Sieyès identifica suas características: permanência, ilimitação e incondicionamento ou desvinculação.

Permanência: o Poder Constituinte se mantém mesmo depois de promulgada a Constituição. A nação pode mudar, a qualquer tempo, a Constituição. Ela (a nação) está acima da lei magna, é a origem de tudo, sendo concebida pelo Direito Natural. Do mesmo modo que a nação decide se dar uma Constituição, ela tem o poder de modificá-la. Esta importância que Sieyès atribui à nação reside no fato de ser ela, segundo seu pensamento, a titular do Poder Constituinte.

Ilimitação: o Poder Constituinte da nação é ilimitado, isto é, não está adstrito às normas do direito positivo anterior (ex: pode abolir o direito à herança, suprimir ou criar poderes). A ilimitação encontra contudo um obstáculo: o Direito Natural, a única coisa que está acima da nação. Desse modo, Sieyès reconhece que os direitos do homem e do cidadão são permanentes. Isto só ocorre (ilimitação) com o Poder Constituinte originário; o de revisão tem seus limites estabelecidos na própria Constituição.

Incondicionamento: a nação não está sujeita a qualquer forma pré-estabelecida para manifestar sua vontade, ela não tem que seguir nenhum procedimento específico. A vontade da nação é suprema, salvo o direito natural.

## **7. A lei constitucional e o controle de constitucionalidade**

Sieyès afirma que a Constituição está acima dos poderes constituídos; qualquer manifestação destes deve ser conforme a lei magna. Isto revela uma supremacia indiscutível do Poder Constituinte sobre os poderes constituídos.

A Constituição é obra do Poder Constituinte. Todos os demais poderes a ela se subordinam; não cabe aos delegatários alterar os limites do poder que lhes foi confiado. Não pode, assim, o Poder Legislativo elaborar leis que conflitem com a lei constitucional, pois esta norma

serve de base para toda a organização do Estado. O ato inconstitucional é nulo e sem efeito. Do pensamento de Sieyès é possível extrair as bases para a supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias e a necessidade, segundo o autor, de um órgão especializado para controlar a constitucionalidade das leis (Tribunal Especial). A Constituição de 1799 acolheu em parte esta proposição, atribuindo ao Senado a verificação da conformidade das leis com a Constituição, mas na prática isso não foi feito, especialmente em virtude da progressiva centralização do poder em torno de Napoleão Bonaparte.

Urge sublinhar que alguns anos depois da publicação do livro de Sieyès "*Qu'est-ce que le tiers État?*", em 1803, nos Estados Unidos, o juiz Marshall da Suprema Corte, no rumoroso caso *Marbury vs. Madison*, sustentou o controle de constitucionalidade através dos juízes monocráticos e não somente por um tribunal.

A decisão do juiz Marshall teve como premissas o fato de que a elaboração de uma Constituição exprime a vontade do povo em ter consubstanciado neste documento seu direito fundamental e supremo; portanto, qualquer ato ou dispositivo que o viole é nulo, e de que cabe ao Judiciário (em todas as suas instâncias e graus de jurisdição) declarar qual é o direito do Estado, apreciando a constitucionalidade das leis e atos administrativos. Negados tais paradigmas, nem a Constituição será considerada uma norma hierarquicamente superior, nem o Legislativo teria limites na elaboração das leis.

Celso Duvivier de Albuquerque Mello<sup>16</sup> adverte que os argumentos apresentados pelo juiz Marshall foram contestados à época: sustentou-se que a Constituição americana não atribuiu o controle de constitucionalidade ao Judiciário; ademais, o Legislativo aprecia se as leis estão ou não conformes à Constituição durante o

---

<sup>16</sup> MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 188.

processo de sua elaboração. A decisão proferida por Marshall tinha um cunho eminentemente político e procurava diminuir a atuação do Poder Legislativo, onde o presidente Thomas Jefferson, seu opositor, tinha maioria. Não obstante, a tese em exame foi incorporada pelas Constituições modernas,<sup>17</sup> cabendo à Áustria a primazia na instituição de uma Corte Constitucional (1919), disciplinada pela Constituição de 1920.

## 8. Titularidade - nação e povo

Se existe um poder que estabelece a Constituição, a quem ele pertence? Cumpre apresentar, *hic et nunc*, o debate entre as doutrinas da soberania nacional (Emmanuel-Joseph Sieyès) e da soberania popular (Jean-Jacques Rousseau).

No pensamento de Sieyès, o poder de estabelecer a organização fundamental do Estado é um poder supremo e está associado à sua soberania, mas onde se encontra a soberania? Este poder soberano, capaz de dispor sobre a organização política e elaborar a Constituição pertence à nação, que é a comunidade e não o povo. Para o teórico francês, a nação é a encarnação da comunidade em sua permanência, nos seus interesses constantes, enquanto que o povo é a simples reunião de indivíduos, num determinado momento, sujeitos a um poder. A soberania não está a serviço dos indivíduos, ela existe em razão do interesse da comunidade em estabelecer as instituições que irão governá-la.

Sieyès encara no povo uma noção transitória, individualizada, enquanto que a comunidade é estável,

---

<sup>17</sup> A Constituição brasileira de 1988, no art. 102, I, a; confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

inferindo-se a sua preocupação com as gerações futuras. O povo pode mudar suas ambições, enquanto que a comunidade só se submete ao direito natural.

A doutrina de Sieyès associa a soberania a uma manifestação do Poder Constituinte. A soberania, no dizer de Nelson Saldanha, é

uma situação a partir da qual se concebe o poder, possuído por qualquer unidade política, de se dar Constituição. Ela é o fundamento atmosférico do poder constituinte, que a pressupõe; mas, por seu turno, o poder constituinte, uma vez realizado, serve de suporte positivo e de comprovante da soberania.<sup>18</sup>

Para Sieyès a nação é a própria lei, sua vontade é sempre legal. A supremacia da lei significava no século XVIII a supremacia da razão. A lei valia pela sua adequação aos interesses da comunidade e do direito natural, ou seja, a razão era ditada pelo direito natural. O que se privilegia são os interesses permanentes sobre os momentâneos, haja vista que a comunidade tem interesses permanentes determinados pela razão, enquanto que os do povo são resultado das paixões de um dado momento. A fonte da soberania está na nação e não no povo.

Jean-Jacques Rousseau, na obra *"Du Contrat Social,"* defende a soberania popular como legitimadora do poder. O único governo legítimo é aquele estabelecido pela vontade geral, através da participação de todos os homens nas decisões. O conjunto de homens que vivem num determinado momento, numa determinada comunidade, é o povo.

A soberania para Rousseau está no indivíduo, que detém uma parcela dela. Sieyès não concebe a soberania como algo divisível, fracionável; a soberania é unitária e

<sup>18</sup> SALDANHA, Nelson. Op. cit., nota 2, p. 67.



Na Idade Média a concepção política de poder estava associada a Deus, conforme o brocardo "*omnis potestas a Deo*". Com o absolutismo, sua titularidade recai sobre o monarca, que a justificava sob a invocação do direito divino.

Durante a Revolução Francesa o Poder Constituinte coube à nação ou ao povo, mas efetivamente a uma classe – a burguesia; na Rússia com a revolução, o Poder Constituinte estava com o proletariado. Não há, de fato, um Poder Constituinte abstrato, pois ele está sempre ligado a um indivíduo, a um grupo ou ao povo; quem quer que seja seu detentor, não é visualizado num único e definido ente, ao contrário, sua titularidade é indecisa.

A origem do Poder Constituinte do povo está ligada ao pensamento de Santo Tomás de Aquino. Este canonista baseou-se na obra de São Paulo que prega a origem divina do poder para elaborar sua doutrina.

Para São Paulo, "*non est enim potestas nisi a deo*" – não há poder que não venha de Deus. É Deus quem escolhe o governante de um povo num dado momento, seja porque ele quer e o faz diretamente (doutrina do direito divino originário), seja porque ele age de acordo com a providência, que dispõe as coisas como elas devem ser (doutrina do direito divino providencial).

Santo Tomás de Aquino não aceita que todo poder venha de Deus, pois ele não é uma figura abstrata e sim humana. Deus é a fonte de todo o poder, como acreditavam os canonistas da época, mas ele é dado ao homem para que possa viver. O homem, para Santo Tomás de Aquino, é o povo. E completa a frase do apóstolo São Paulo: "*non est enim potestas nisi a deo, sed per populum*"- não há poder que não venha de Deus, mas pelo povo; é o povo quem fixa as bases do seu governo.

Paradoxalmente ao desenvolvimento das idéias liberais do século XVIII, surge no século XIX a doutrina do Poder Constituinte dos monarcas.

De acordo com esta doutrina, o monarca poderia livremente alterar as instituições e a organização do próprio Estado. A princípio, parece contraditório após o fim do

pertence à comunidade. Na doutrina de Rousseau o governo só será legítimo se todos participarem do processo político (verifica-se a valorização do sufrágio universal); Sieyès, ao contrário, permite que a nação confira a quem ela queira o poder de representação (representação-imputação) – o monarca pode ser declarado como representante da nação e dar à comunidade uma Constituição. Da mesma forma, no que tange ao eleitorado, este é uma função e não um direito; assim, é possível o sufrágio censitário.

Rousseau analisa a representação como uma expressão da soberania popular. Com a adoção do sufrágio universal há uma coincidência *prima facie* entre as duas teorias: os representantes da nação (aqueles que falam em seu nome através do voto) são os que constituem o povo. Na verdade, a principal distinção é que, para Sieyès, o interesse da comunidade está acima do interesse dos indivíduos, enquanto que Rousseau não tem uma preocupação tão saliente com o interesse geral.

No direito constitucional moderno a doutrina da soberania popular é aquela que domina e está consagrada no art. 1º, parágrafo único, e no art. 14 da Constituição de 1988.

## 8.1. O Poder Constituinte do povo e dos monarcas

Paulo Bonavides mostra, dentro de uma abordagem histórica, que a titularidade do Poder Constituinte vem atribuída ora a Deus, ora ao príncipe ou monarca, ao povo, à nação, ao Parlamento ou a uma classe.<sup>19</sup>

Em Roma o poder do imperador emanava do povo, porém através do seu mais alto órgão representativo: o Senado. O Senado formalizava a outorga deste poder através da *lex regia*.

---

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., nota 1, p. 154.

absolutismo surgir esta posição que valorizava o rei ou o imperador, especialmente quando na Idade Moderna era adotada a doutrina das Leis Fundamentais do Reino, que reputava certas normas, relativas à estrutura política, como sendo superiores às demais, inclusive ao próprio rei. Qualquer ato praticado em contradição às leis fundamentais era sem valor; por exemplo, o sistema de propriedade da terra, a organização religiosa, entre outras.

O aspecto mais importante da doutrina das leis fundamentais é a força pela qual eram alteradas: através da reunião dos Estados Gerais. Tal pensamento serve de fonte para a doutrina da Constituição rígida, aquela que só pode ser alterada por um dos mecanismos que ela própria prevê. A diferença desta doutrina para a da soberania popular ou nacional é que não havia nada que conferisse ao povo ou à nação o poder de elaborá-las.

Exatamente pela existência de concepção que limitava os poderes dos governantes, parece uma involução a doutrina do Poder Constituinte dos monarcas, mas ela foi muito comum na primeira metade do século XIX, inclusive teve influência na Constituição brasileira do Império.

Os reis, diante dos movimentos liberais dos séculos XIII e XIX, foram obrigados a autolimitar seu poder, outorgando constituições nas quais invocavam um Poder Constituinte que lhes era próprio (somavam o direito divino à soberania popular).<sup>20</sup> Cumpre observar, no caso brasileiro, a existência na Constituição Imperial do Poder Moderador, privativo do imperador, considerado o ponto de equilíbrio dos demais poderes. A fundamentação do Poder Constituinte nos reis vai sendo paulatinamente superada na segunda metade do século XIX, entrando completamente em desuso no século XX. O supremo

<sup>20</sup> O preâmbulo da Constituição imperial (1824) é considerado um "modelo" da doutrina do Poder Constituinte dos monarcas, uma vez que ele invoca o direito divino e a soberania popular, juntos, para legitimar o poder real. "Dom Pedro Primeiro, por graça de Deus e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil: [...]"

poder no Estado pertence ao povo, que o exerce através de seus representantes eleitos, aos quais incumbe a tarefa de elaborar uma Constituição.

Se o povo é fundamental na ordem constitucional, eis ser o titular do Poder Constituinte, o que significa este termo, “povo”? A Constituição brasileira, que afirma a soberania popular nos arts. 1º e 14 não define o povo, apenas determina que ele é a fonte de todo poder e que é exercido através de seus representantes eleitos. A noção de povo é ideológica e varia conforme o regime de cada Estado. Nos regimes comunistas, o povo é identificado como o proletariado (conjunto dos trabalhadores); nos regimes democratas ocidentais o povo compreende os cidadãos, isto é, aqueles que têm direitos políticos. O que é possível afirmar é que sem o seu consentimento não existe Constituição, porém, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é impossível precisar seu conceito de modo uniforme.<sup>21</sup> Esta questão do consentimento do povo assume um aspecto peculiar quanto a eficácia da Constituição elaborada pelo grupo revolucionário que toma o poder.

## **9. O Poder Constituinte e a revolução**

Como já foi dito, o Poder Constituinte pertence ao povo, mas ele pode se manifestar através de um fenômeno social que questiona, em geral através do uso da força, o poder dos governantes e a forma de Estado por eles estabelecida: a revolução. É bastante freqüente esta forma de manifestação; a Constituição se estabelece pela Revolução: ela é o elemento propulsor do Poder Constituinte. Não obstante, embora fenômeno nitidamente social, a revolução também tem um sentido jurídico.

---

<sup>21</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., nota 9, p. 30-31.

### 9.1. A revolução como fenômeno jurídico.

Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, ensina que revolução é toda modificação ilegítima da Constituição por um meio nela não previsto; destarte, é a alteração da Constituição contra a própria Constituição. Kelsen inclui em seu conceito tanto o golpe de Estado como a revolução fenômeno social, embora existam diferenças na seara da Ciência Política.<sup>22</sup> Para este jurista não importa se a Constituição é alterada ou substituída por emprego da força armada vinda do governo, das massas populares ou de um grupo de indivíduos: sempre há revolução quando a Constituição é substituída ou alterada por mecanismos não previstos. Assim sendo, juridicamente, a revolução independe de um movimento social. O simples golpe de Estado, com mudança dos titulares do poder contra as regras constitucionais, modificando as instituições políticas, é considerado como revolução.

### 9.2. A Revolução como fenômeno social.

Jean Baecheler<sup>23</sup> analisa os fenômenos revolucionários a partir da contestação da ordem social, demonstrando que nem todos almejam a conquista do poder.

O primeiro movimento atinge as classes ou grupos marginalizados, que se recusam a obedecer às regras da sociedade e quase sempre buscam a autodestruição, sem qualquer pretensão política (*hippies, clubbers, clochards*). No segundo fenômeno, já aparece o objetivo de tomada do poder para mudar a ordem constitucional; entretanto, os meios utilizados para este *desideratum* são incapazes

<sup>22</sup> Paulo Bonavides, em primoroso estudo, apresenta várias distinções entre os vocábulos "revolução" e "golpe de Estado". BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. Cap. 26, *passim*

<sup>23</sup> BAECHLER, Jean. *Les phénomènes révolutionnaires*. Paris: Presses Universitaires de France, 1970. *Apud* FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Op. cit., nota 9, p. 38-40.

de atingir os objetivos colimados. São grupos que querem uma sociedade ideal, sem poder, classes ou leis, mas se utilizam de expedientes ineficazes – atentados, reunir discípulos e fundar cidades-fortalezas, fazer comícios ou greves – cite-se, no Brasil, as revoltas ocorridas durante a Regência (Balaiada, Cabanagem, Farroupilha), a guerra de Canudos (última década do século XIX) e a Questão do Contestado (1912 a 1916).

O terceiro movimento é o mais importante: tem lugar quando a contestação ao regime usa os meios adequados para atingir o poder e obtém êxito nesse intento. É o único movimento de oposição à ordem social que merece ser denominado revolução, segundo Jean Baechler, pois é aquele que triunfa derrubando o poder estabelecido.

### **9.3. Revolução e Constituição**

O grupo revolucionário que toma o poder logo se preocupa em elaborar uma nova Constituição, espelho de sua vitória, que anuncie a nova ordem político-social. É a base jurídica, suprema e obrigatória, da nova ordem. A promulgação de uma Constituição, pelo ditador ou pelas pessoas que estão no poder, é um ato constituinte apenas quando obtiver a concordância por parte dos governados, pelo povo. O ato constituinte está condicionado ao cumprimento do teor da Constituição, ganhando eficácia (efetividade) verificada essa condição (o povo acata as ordens editadas pelo governante). Mister se faz que a idéia de direito que o grupo invoca sobre o modo e a forma da unidade política seja aceita pela comunidade, sem o qual ela cai no vazio e o poder só se mantém pela força.

A tese da eficácia da Constituição foi sustentada por Hans Kelsen, para quem a eficácia é condição de

validade da ordem jurídica e pode ser obtida expressamente – quando a Constituição é referendada pelo povo <sup>24</sup> – ou tacitamente – quando suas regras são cumpridas, inclusive pelos Tribunais, sem adesão expressa.

O ato constituinte, quando decorrente do fenômeno social revolucionário, está sujeito a um cumprimento global, sem o que não se transforma em direito positivo. Ganhando efetividade, passa a ser Constituição, do contrário, fica simplesmente no plano social, não tem força jurídica. <sup>25</sup>

## 10. Formas de expressão

O Poder Constituinte pode se expressar e estabelecer a Constituição por meios diversos: é o que a doutrina identifica como suas “formas de expressão”, basicamente, a outorga e a convenção ou assembléia constituinte.

Insta sublinhar que não há nenhum meio pré-estabelecido para a manifestação do Poder Constituinte, haja vista que este é desvinculado, incondicional, de acordo com a doutrina de Sieyès.

A outorga ocorre quando a Constituição é estabelecida por ato unilateral do agente do Poder Constituinte (ato de poder), que oferece ao povo uma Constituição, autolimitando seus poderes no texto normativo. Para demonstrar o desejo do soberano em cercear seus poderes, a outorga da Constituição é seguida

<sup>24</sup> A experiência constitucional francesa é marcada pela preocupação dos governantes em, imediatamente após sua subida ao poder, dar ao povo uma Constituição ou convocar uma Assembléia Constituinte, submetendo o texto constitucional ao *referendum* popular.

<sup>25</sup> À guisa de ilustração, foi o que ocorreu com a Revolução Espartaquista de 1918, instalada logo após a queda do Império Alemão, e a Revolução de fevereiro de 1917 na Rússia, com a deposição do czar Nicolau II.

do juramento ao documento – esta forma foi muito usada no século XIX, sendo o Poder Constituinte representado pelo monarca. No Brasil, as Constituições de 1824 e de 1937, além dos Atos Institucionais, tiveram esta forma de expressão. Cumpre notar que é condição de eficácia do ato constituinte a sua observância pelo povo.

Quando a Constituição é estabelecida a partir da deliberação dos representantes populares (v. g. Constituição brasileira de 1946), com debates e votações, o Poder Constituinte se manifesta pela convenção ou assembléia constituinte. É um ato sucessivo e democrático e não simultâneo e unilateral.

## 11. O Poder Constituinte na análise de Carl Schmitt

Carl Schmitt,<sup>26</sup> em sua obra clássica “*Verfassungslehre*”, considera a Constituição como fruto de uma decisão política unilateral do sujeito do Poder Constituinte, ou mediante convenção plurilateral de vários sujeitos. Verifica-se, segundo o autor, uma ligação indissociável entre os termos “Constituição” e “Poder Constituinte”. Este é uma vontade política, com força ou autoridade para adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política. Desta decisão emana a validade de todo o ordenamento jurídico (legal-constitucional). A Constituição, neste raciocínio, se apóia numa decisão emanada de um ser político e não numa norma que tenha na justiça seu fundamento de validade. Este ser político concreto é o Poder Constituinte, a vontade política em que se baseia a Constituição.

A edição de uma Constituição não esgota, absorve ou consome seu poder organizador, uma vez que este

<sup>26</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982. p. 93-103, *passim*.



não pode se autodestruir nem agir contra si, pois a vontade política que é o Poder Constituinte é superior, unitária e indivisível; é a base que engloba todos os outros poderes e divisões de poderes. É o único poder capaz de resolver os conflitos constitucionais que afetem os pilares da Constituição, assim como as lacunas do texto constitucional, as obscuridades e discrepâncias das leis constitucionais; enfim, só é possível mudar, esclarecer ou resolver as questões referentes à decisão política fundamental pela via do Poder Constituinte.

Ressalta Manuel García-Pelayo, analisando a obra de Carl Schmitt, a distinção entre a Constituição e as leis constitucionais: aquela é resultado de uma decisão única do Poder Constituinte, definidora de toda a unidade política, já estas estão apoiadas no texto da Carta Magna, guardando conexões com as decisões fundamentais. E acrescenta:

*La distinción entre constitución y leyes constitucionales se manifiesta prácticamente, entre otros ejemplos, en los siguientes: a) el procedimiento de reforma es válido para las leyes constitucionales, pero no para la constitución, pues una reforma de las decisiones políticas fundamentales no supondría una enmienda, sino la anulación de la constitución; b) las leyes constitucionales pueden suspenderse (estado de guerra), pero no la constitución como totalidad, pues precisamente la razón de tal suspensión es el mantenimiento de la constitución como totalidad; c) un conflicto constitucional no afecta a las particularidades, sino a las decisiones políticas fundamentales; d) el juramento de lealtad a la constitución no vincula a ser leal a todos los preceptos constitucionales, que*

*pueden cambiar siguiendo el método de reforma previsto – y un juramento en blanco no tiene sentido -, sino que a lo que vincula es a las repetidas decisiones políticas fundamentales.*<sup>27</sup>

Outro ponto importante no pensamento de Carl Schmitt é a atividade do Poder Constituinte. Reafirmando a posição de Emmanuel-Joseph Sieyès sobre a desvinculação do Poder Constituinte de qualquer procedimento pré-estabelecido, o jurista alemão analisa o Poder Constituinte do monarca e do povo.

O primeiro é exercido de forma unilateral, sendo auto-regulador quando a monarquia absoluta é uma instituição estabelecida. A vantagem, nesse caso, é que a vontade política está clara e expressa numa entidade firme e presente, individualizada, mas as desvantagens são maiores, haja vista que a organização e a instituição da monarquia não descansam em conceitos políticos, mas dinásticos (direito de família e das sucessões). O Poder Constituinte do monarca se expressa pela outorga, sem o reconhecimento deste poder pelo povo, ainda que a Constituição seja o resultado de entendimentos mantidos com setores da sociedade política ou com as massas. O fato do monarca aceitar a manifestação de terceiros na elaboração do texto constitucional não significa uma limitação ou uma renúncia ao poder que ele se atribuiu, ou foi a ele conferido pelo direito divino de dar à sociedade uma Constituição.

O povo manifesta seu Poder Constituinte através de qualquer decisão de conjunto, dirigida sobre o modo e a forma de anuência com a unidade política. O povo não é uma autoridade permanente, uma instância organizada. A forma normal de sua manifestação é a aclamação – voz de consentimento ou de repulsa da multidão reunida. A aclamação

---

<sup>27</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1987. p. 86.

se manifesta como opinião pública. O povo pode dizer “sim” ou “não”, assentir ou rechaçar. Em tempos de ordem e paz são raras e desnecessárias, na opinião de Carl Schmitt,<sup>28</sup> semelhantes manifestações, já que há precisamente um consentimento na subsistência da Constituição; no entanto, em tempo de crise, um “não” representa a afirmação de uma decisão que se oferece como alternativa.

Isto ocorreu em novembro de 1918, quando o povo alemão negou o princípio monárquico dizendo “sim” à República; no Brasil, em 1963 e em 21 de abril de 1993, os brasileiros manifestaram-se em plebiscito sobre a forma e o sistema de governo que queriam para o Brasil.

Em síntese, é possível afirmar que Carl Schmitt considera a vontade constituinte do povo sempre manifestada num **sim** ou **não** fundamental, desse modo ele adota a decisão política que dá conteúdo à Constituição. Esta vontade constituinte é imediata e não está jungida a nenhum procedimento constitucional, nem à própria Constituição.

## 12. Conclusões

1. Constituição e Poder Constituinte são noções inseparáveis. A Constituição é o documento que estabelece a organização política e jurídica fundamental de um Estado, é a expressão maior de sua soberania. Este documento é resultado de um poder dinâmico que cria ou modifica os poderes constituídos e as instituições básicas de uma sociedade, manifestando-se para estabelecer ou reformar a Lei Maior através da outorga (ato de poder) ou da Assembléia Constituinte (ato sucessivo e democrático).

2. Não há um conceito uniforme e cediço de Poder Constituinte. O tema é fortemente imbuído de ideologias e influências políticas, refletindo-se nas várias opiniões e teorias sobre sua natureza. Tal pluralismo revela cinco

<sup>28</sup> SCHMITT, Carl. Op.cit., nota 13, p. 111-112.

vertentes, apontadas por Jorge Reinaldo Vanossi: fundacional-revolucionária; materialista; dialético-plenária; racional-ideal e existencial-decisionista.

3. Existem duas espécies de Poder Constituinte – originário e constituído. O primeiro é ilimitado e criador, enquanto que o segundo tem suas condicionantes previstas na própria Constituição (v.g. as cláusulas pétreas e o procedimento de reforma constitucional).

4. Grassa uma dissidência acerca da natureza do Poder Constituinte, diretamente vinculada à doutrina do positivismo jurídico ou do jusnaturalismo. Para a primeira corrente, só existe o Poder Constituinte derivado ou constituído, pois o originário é uma categoria extra-axiológica, alijada do mundo jurídico. O ponto de partida do direito positivo é a Constituição, fonte do ordenamento; antes dela não há direito, mas um fato social sem limites previstos que impulsiona a criação da Lei Magna.

A visão jusnaturalista considera o Poder Constituinte como um poder de direito, apto a exprimir a legitimidade da Constituição e dos poderes por ela criados. Os adeptos deste pensamento não reconhecem apenas o direito positivo, haja vista que acima da norma legal está a lei natural, isto é, a parcela da lei divina revelada ao homem ou a razão humana, que restringem a atuação do Poder Constituinte. Destarte, a liberdade é a sua fundamentação, pois é ela que leva os homens a estabelecer e alterar as Constituições, auto-organizando a sociedade.

5. A doutrina do Poder Constituinte surge a partir da crise do Estado Absolutista, tendo a obra de Emmanuel-Joseph Sieyès "*Qu'est-ce que le tiers Etat?*" sido a precursora. Neste livro o autor apresenta as reivindicações do Terceiro Estado e defende a supremacia da nação sobre o povo, conflitando suas idéias com as de Jean-Jacques Rousseau. Para Sieyès o Poder Constituinte é anterior à Constituição e está acima dela e dos poderes constituídos, em virtude de seus caracteres de permanência, ilimitação e incondicionamento.

O trabalho de Sieyès lançou as bases para a tese do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, através da criação de um Tribunal Especial por ele proposto. Posteriormente, nos Estados Unidos, o juiz Marshall ampliou a proposta de Sieyès, defendendo que qualquer magistrado ou Corte de Justiça pode apreciar a conformidade ou não dos atos normativos com a Constituição. De fato, tal proposição só foi incorporada às Constituições neste século, cabendo a primazia ao direito constitucional austríaco.

6. No direito constitucional moderno prevalece a noção de que o sujeito do Poder Constituinte é o povo (doutrina da soberania popular), afastando-se a idéia de que a nação – encarnação da comunidade em sua permanência, nos seus interesses constantes – seria a titular desse poder. Na verdade, nunca houve um único e definitivo titular, adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho. A experiência histórica demonstrou que Deus, o príncipe, o monarca, um grupo ou classe, entre outros, já foram detentores Poder Constituinte.

7. No século XIX o Poder Constituinte se manifestou comumente através da outorga de Constituições pelos reis, que invocavam o direito divino somado à soberania popular para legitimar sua autoridade. Este expediente foi utilizado por Dom Pedro I no preâmbulo da Constituição de 1824.

A teoria do Poder Constituinte dos monarcas representou um retrocesso em relação ao século anterior, onde os filósofos e escritores sustentaram a eliminação do poder centralizado numa pessoa e sua disseminação entre os membros de uma comunidade, individual ou coletivamente considerados (povo/nação). Ademais, já existia na França a doutrina das Leis Fundamentais do Reino, que proibia a alteração de certas normas, consideradas fundamentais para o Estado, sem a reunião dos Estados Gerais.

8. O Poder Constituinte pode se manifestar através da Revolução. Esta, além de ser uma fenômeno social, é

também jurídico. Revolução, em sentido jurídico, é toda modificação da Constituição por um mecanismo nela não previsto, abarcando inclusive movimentos que a Ciência Política considera como golpe de Estado.

O fenômeno revolucionário só é eficaz quando a contestação ao regime utiliza os meios adequados para derrubá-lo e, após conseguir seu intento, surge uma nova Constituição, cuja eficácia está condicionada ao seu cumprimento – expresso ou tácito – pelo povo e pelos Tribunais, do contrário o ato revolucionário fica no plano social, sem força jurídica.

9. Carl Schmitt foi um dos maiores nomes na elaboração de uma Teoria Constitucional. Para o jurista alemão a Constituição é o resultado de uma decisão política do sujeito do Poder Constituinte. Desta decisão emana a validade de todo o ordenamento jurídico. O povo manifesta o Poder Constituinte através de manifestações positivas ou negativas, acatando ou rejeitando as opções que se colocam diante dele. Estas decisões, contudo, não vinculam as gerações futuras que podem, a qualquer momento, mudá-las.

## **Referências:**

BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

\_\_\_\_\_. *Ciência política*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

SALDANHA, Nelson. *Poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VANOSSE, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional*. V. 1. Buenos Aires: Depalma, 1975.